

# TE Vwgh Erkenntnis 1993/10/29 90/10/0072

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 29.10.1993

## Index

82/04 Apotheken Arzneimittel;

## Norm

ApG 1907 §10 Abs1 idF 1984/502;

ApG 1907 §10 Abs2 idF 1984/502;

ApG 1907 §10 Abs2 Z1 lita idF 1984/502;

ApG 1907 §10 Abs2 Z1 litb idF 1984/502;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat über die Beschwerde des Mag. B in O, vertreten durch Dr. M, Rechtsanwalt in S, gegen den Bescheid des Bundesministers für Gesundheit und öffentlicher Dienst vom 26. September 1989, Zl. 562.085/3-VI/15-1989, betreffend Abweisung eines Antrages auf Erteilung einer Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke in E-G (mitbeteiligte Parteien: 1. Mag. H in X, vertreten durch Dr. C, Rechtsanwalt in W, 2. Mag. T in X, vertreten durch Dr. F, Rechtsanwalt in X, zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Bund (Bundesminister für Gesundheit, Sport und Konsumentenschutz) hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von S 11.720,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

1.1. Mit Bescheid vom 7. März 1988 wies der Landeshauptmann von Salzburg das Ansuchen des Beschwerdeführers um Erteilung einer Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke in E-G mit dem Standortgebiet Gemeinde E gemäß § 10 Abs. 3 des Apothekengesetzes, RGBI. Nr. 5/1907 in der Fassung BGBI. Nr. 502/1984 (im folgenden: ApG), ab.

Der Beschwerdeführer erhob Berufung.

1.2. Mit Bescheid vom 26. September 1989 wies der Bundesminister für Gesundheit und öffentlicher Dienst diese Berufung ab und bestätigte den Bescheid des Landeshauptmannes mit der Maßgabe, daß die Abweisung wegen Bedarfsmangels erfolge.

Nach der Begründung dieses Bescheides sei zwei Berichten des Landeshauptmannes von Salzburg vom 26. Juli 1988 und 13. Juni 1989 zusammenfassend folgendes zu entnehmen:

"Im Umkreis von 4 Straßenkilometern von der künftigen Betriebsstätte der öffentlichen Apotheke, die mit der

Liegenschaft R-Straße 14 präzisiert wurde, seien die Bewohner der Gemeinde E zu verzeichnen, (4429 Personen mit Hauptwohnsitz und 538 mit Nebenwohnsitz), würden 100 Personen ein- und 1275 Personen auspendeln und könne E mit

18000 Fremdennächtigungen pro Jahr keinesfalls als Fremdenverkehrszentrum bezeichnet werden. Ein nicht näher zu beifügender Medikamentenbedarf werde von Insassen der Y-Kaserne verursacht, dieser dürfte jedoch keinesfalls als maßgeblich bezeichnet werden, da die Offiziere und Unteroffiziere entweder als Bewohner von E oder als Einpendler schon genannt würden und die Präsenzdiener hauptsächlich von der Heeressanitätsanstalt versorgt würden. Im Bereich der Gemeinde P seien nur die im folgenden angeführten Straßen bzw. Straßenzüge im Ortsteil J im Umkreis von 4 Straßenkilometern von der künftigen Betriebsstätte: "I-Straße bis Kreuzung Z-Weg, A-Weg einschließlich HA und MA, K-Weg, L-Weg bis Wohnhaus Q und U-Straße ab D mit gesamter Y-siedlung" und würden innerhalb dieses Gebietes 372 Personen mit Hauptwohnsitz und 19 Personen mit Nebenwohnsitz wohnen.

Im Bereich der Stadt X wären insgesamt 649 Personen mit Hauptwohnsitz und 59 Personen mit Nebenwohnsitz, und zwar im Zählsprengel 624 von den Straßenzügen AA-Weg, BB-Weg und CC-Straße mit 46 Personen als Hauptwohnsitz und 7 Personen mit Nebenwohnsitz sowie im Zählsprengel 623, jedoch nur unter der Berücksichtigung der DD-Straße ab Haus Nr. 28/29, des EE-Weges, des FF-Weges und der GG-Straße mit 603 Personen mit Hauptwohnsitz und 52 Personen mit Nebenwohnsitz zu verzeichnen. Die Entfernungen im Bereich der Zählsprengel würden im Vergleich zwischen der beantragten und den beiden einspruchswerbenden Apotheken wie folgt angegeben: im Zählsprengel 624 vom BB-Weg nach E, R-Straße 14, 1650 m, vom BB-Weg zum HH-Platz 9 ("NN-Apotheke"), 3700 m und vom BB-Weg zur JJ-Straße 50 (YY-Apotheke) 1700 m; im Zählsprengel 623 betrage die Entfernung zwischen KK-Weg und dem beabsichtigten Standort der beantragten Apotheke 180 m, zwischen KK-Weg und HH-Platz 9 3800 m bzw. über die Ü-Straße und den daran anschließenden H-Weg 2500 m und zwischen KK-Weg und JJ-Straße 50, 1750 m. Die genaue Entfernung der Liegenschaft R-Straße 14, E, zur "NN-Apotheke" betrage 2.016 m bzw. 2.394 m von bzw. zur R-Straße 14 gemessen; Die unterschiedliche Entfernung sei durch die getrennte Fahrtrichtung des Knotens MM-Straße bedingt. Die Entfernung von der Betriebsstätte der beantragten Apotheke zur "ZZ-Apotheke" betrage 2.777 m. Die zwei Nachbarapotheken seien mit folgenden öffentlichen Verkehrsmitteln (laut 1. Instanz: gut) zu erreichen: Die "NN-Apotheke" mit den Obus-Linien n1 und n2, die "ZZ-Apotheke" mit der Linie n3. Bei der beantragten Apotheke bestehet ein Pendelverkehr zwischen II-Straße und MM-Straße der Linie 7 A."

Nach der weiteren Begründung des Bescheides sei bei der Beurteilung des Bedarfes prinzipiell davon auszugehen, daß in einer Entfernung von rund 2 bis 2,5 km jeweils die nächsten öffentlichen Apotheken vorhanden seien und somit der 4 km-Umkreis weit in dem Bereich der Einzugsgebiete dieser Apotheken und auch nach X hineinreiche. Daher könne nicht die gesamte Zahl der Gemeindebevölkerung von E (das wären 4698 Einwohner inklusive Zweitwohnbesitzer zur Hälfte) berücksichtigt werden, wie dies der Landeshauptmann von Salzburg im Erhebungsbericht bekannt gegeben habe. Vielmehr sei aufgrund der geographischen Verhältnisse und der als gut bezeichneten Verkehrsverbindungen anzunehmen, daß zumindest ein Viertel der in der Gemeinde E sehr verstreut wohnhaften Bevölkerung auch die anderen in der Nähe befindlichen Apotheken in Richtung X tendierend aufsuche. Daher wären vom Großraum E realistischerweise nur maximal rund 3700 Personen als wirklich von der beantragten neuen Apotheke zu versorgend anzusehen.

Mit den maßgeblichen Ortsteilen von P (ig. 382 Personen inklusive Zweitwohnbesitzer zur Hälfte) sowie von den Zählsprengeln 623 und 624 (ig. 325 Personen inklusive Zweitwohnbesitzer je zur Hälfte) werde damit nur eine Bevölkerungszahl von knapp über 4400 erreicht (wobei aus den zwei Zählsprengeln nur die Hälfte der dort Wohnenden miteinbezogen werden könne, weil laut Erhebungsbericht die Entfernungen zur beantragten Apotheke und zur Apotheke des Zweitmitbeteiligten gleich groß seien bzw. diese letztere Apotheke zum Teil sogar näher gelegen sei). Von der Y-Kaserne falle kein nennenswerter Versorgungskreis an. Selbst wenn man noch die Einpendler von ca. 100 Personen berücksichtige (Auspendler seien hier ohnehin nicht berücksichtigt), sei die geforderte Mindestanzahl von 5500 zu versorgenden Personen bei weitem nicht erreicht.

Daß von außerhalb noch weitere Personen allenfalls zu berücksichtigen wären, sei nicht aktenkundig, zumal nach Westen hin in der Nähe ohnedies die Apotheke des Erstmitbeteiligten existiere, im Norden die Apotheke des Zweitmitbeteiligten, im weiteren östlichen Raum einige ärztliche Hausapotheken vorhanden seien und auch weiter südlich in O eine öffentliche Apotheke bestehet. Laut Bericht des Amtes der Salzburger Landesregierung seien außerhalb des 4 km-Umkreises keine weiteren Personen mit Medikamenten zu versorgen.

1.3. Diesen Bescheid bekämpfte der Beschwerdeführer zunächst vor dem Verfassungsgerichtshof. Mit Beschuß vom 26. Februar 1990, B 1498/89, lehnte der Verfassungsgerichtshof die Behandlung dieser Beschwerde ab. Antragsgemäß wurde die Beschwerde dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung abgetreten.

1.4. In seiner Beschwerdeergänzung vor dem Verwaltungsgerichtshof macht der Beschwerdeführer Rechtswidrigkeit des Inhaltes sowie Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend. Er erachtet sich in seinem Recht auf Erteilung der beantragten Konzession verletzt.

Im Ermittlungsverfahren seien für den Zählsprengel 624 der Stadt X nur 46 Personen mit Hauptwohnsitz und 7 Personen mit Nebenwohnsitz berücksichtigt worden. Offensichtlich seien dies nur die Bewohner des AA-Weges, BB-Weges und der CC-Straße. Diese drei Wege bzw. Straßen lägen im nördlichen Bereich des Zählsprengels 624. Selbstverständlich seien jedoch für den geplanten Standort auch alle Bewohner zu berücksichtigen, die südlich dieser drei Straßen wohnten und somit noch näher zur beantragten Apotheke lägen. Die beantragte Apotheke sei verkehrsmäßig besser gelegen, da sie ohne Umsteigen erreichbar sei und damit auch eine wesentliche Erleichterung der Heilmittelversorgung mit sich bringe. Was den Zählsprengel 623 der Stadt X anlange, so betrage die Entfernung EE-Weg zur Apotheke des Erstmitbeteiligten nicht 3,8 km (nur unter Berücksichtigung eines LL-Weges), sondern 4,9 km (mit dem PKW). Im übrigen kämen die Bewohner dieser Straße ca. nach der halben Wegstrecke auf dem Weg zur Apotheke des Erstmitbeteiligten an der beantragten Apotheke des Beschwerdeführers vorbei. Es ergebe sich daher ebenfalls eine beträchtliche Wegersparnis zugunsten der beantragten Apotheke.

1.5. Die belangte Behörde legte die Verwaltungsakten vor und erstattete ebenso wie die mitbeteiligten Parteien eine Gegenschrift.

2.0. Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

2.1. § 10 Abs. 2 ApG (in der Fassung vor der Apothekengesetznovelle 1990) lautet auszugsweise:

"(2) Bei der Prüfung des Bedarfes sind insbesondere die Anzahl der zu versorgenden Personen unter Berücksichtigung der ständigen Einwohner und die Entfernung zur nächstgelegenen Apotheke zu berücksichtigen. Ferner sind die Lebensverhältnisse der Bevölkerung sowie der Verkehr im Standort und in der Umgebung, die vorhandenen Krankenanstalten, Heime, Schulen und Erziehungsanstalten, größere gewerbliche und industrielle Betriebe, der Umfang des Geschäftsbetriebes der im Standort und in der Umgebung bestehenden öffentlichen Apotheken sowie deren Turnusdienst in Betracht zu ziehen. Ein Bedarf ist jedenfalls nicht anzunehmen, wenn

1.a) in Orten, in denen keine öffentliche Apotheke besteht,

die Zahl der in einem Umkreis von vier Straßenkilometern von der künftigen Betriebsstätte der Apotheke zu versorgenden Personen weniger als 5 500 beträgt

oder

b) ....

und

2. die Entfernung zwischen der künftigen Betriebsstätte der Apotheke und der Betriebsstätte der nächstgelegenen Apotheke weniger als 500 m beträgt."

2.2. Bei der Auslegung des negativen Bedarfeskriteriums nach § 10 Abs. 2 Z. 1 lit. a ApG ist zunächst das Verhältnis der Ortsgrenzen zu den Grenzen der 4 km-Zone zu klären. Da der 4-km-Umkreis im ländlichen Gebiet in aller Regel über den "Ort" hinausragen wird, kann nicht angenommen werden, es käme auf die 4-km-Zone nur innerhalb des Ortes an und die Ortsgrenzen bildeten die äußerste Grenzlinie. Entscheidend ist grundsätzlich die 4-km-Grenze, und zwar auch dann, wenn die 4-km-Zone einen anderen Ort umschließt oder in einen solchen hineinragt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 24. März 1992, Zl. 87/08/0089 = ZfVB 1992/5/1791 sowie Puck, Die Prüfung des Bedarfs bei öffentlichen Apotheken, Winkler-FS, 226). Das gilt auch für den Fall, daß der 4-km-Umkreis in einen Ort hineinragt, in dem sich bereits eine öffentliche Apotheke befindet. Das Bestehen einer Apotheke sagt ja, wie § 10 Abs. 2 Z. 1 lit. b ApG zeigt, nicht, daß es in diesem Ortsteil nicht "zu versorgende Personen", d.h. potentielle Kunden der neuen Apotheke geben kann (vgl. Puck, aaO, 227, sowie die hg. Erkenntnisse vom 28. April 1992, Zl. 87/08/0005 = ZfVB 1992/5/1790, und vom selben Tag, Zl. 87/08/0091 = ZfVB 1992/5/1792).

Unter den "in einem Umkreis von vier Straßenkilometern von der künftigen Betriebsstätte der Apotheke zu versorgenden Personen" sind jene zu verstehen, die eine besondere räumliche Nähe beziehungen (im 4-km-Umkreis) zur neuen Apotheke haben. Dazu zählen primär die ständigen, im 4-km-Umkreis von der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der neuen Apotheke wohnenden Personen, sofern sie auch unter Bedachtnahme auf die im § 10 Abs. 2 zweiter Satz ApG genannten Umstände ihren Heilmittelbedarf voraussichtlich in der neuen Apotheke und nicht in den schon bestehenden Apotheken und weiterbestehenden Hausapothen decken werden (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 22. Mai 1990, ZI. 88/08/0257 = ZfVB 1990/5/2058, und vom 24. März 1992, ZI. 87/08/0089 = ZfVB 1992/5/1791, Pkt. 2).

2.3. Was die im 4 km-Umkreis von der geplanten Betriebsstätte der neuen öffentlichen Apotheke wohnhafte Bevölkerung der Gemeinde E anlangt, wird im angefochtenen Bescheid zunächst auf die Berichte des Landeshauptmannes von Salzburg vom 26. Juli 1988 und vom 13. Juni 1989 Bezug genommen. Daraus sei zu entnehmen, daß im Umkreis von vier Straßenkilometern von der künftigen Betriebsstätte der öffentlichen Apotheke, die mit der Liegenschaft R-Straße 14 präzisiert worden sei, die Bewohner von E mit einer Zahl von

4.429 Personen mit Hauptwohnsitz und 538 mit Nebenwohnsitz zu verzeichnen seien. Die belangte Behörde trifft, davon ausgehend, die Feststellung, es könne die daraus abzuleitende Gesamtzahl von 4.698 Einwohnern (4.429 Personen plus Zweitwohnbesitzer zur Hälfte) nicht zur Gänze berücksichtigt werden, wie dies der Landeshauptmann von Salzburg im Erhebungsbericht bekanntgegeben habe; vielmehr sei aufgrund der geographischen Verhältnisse und der als gut bezeichneten Verkehrsbedingungen anzunehmen, daß zumindest ein Viertel der in der Gemeinde E sehr verstreut wohnhaften Bevölkerung auch die anderen in der Nähe befindlichen Apotheken in Richtung X tendierend aufsuchen werde; daher wären vom Großraum E realistischerweise nur maximal rund 3.700 Personen als zu versorgende Personen zu veranschlagen.

Diese Begründung läßt nicht erkennen, wie die belangte Behörde die in Betracht kommenden Wohngebiete von E innerhalb des 4 km-Umkreises nach dem Gesichtspunkt der räumlichen Nähe zu den Apothekenbetriebsstätten der mitbeteiligten Parteien einerseits und des Beschwerdeführers andererseits sowie deren Erreichbarkeit für diese Wohnbevölkerung aufgeteilt hat. Eine solche Lösung wurde selbst ansatzweise gar nicht versucht. Vielmehr wurde "zumindest ein Viertel" dieser im 4 km-Umkreis ansässigen Wohnbevölkerung von E abgezogen. Mit der Zugrundelegung einer solcherart bloß gegriffenen und von der Wohnbevölkerung der Gemeinde E im 4 km-Umkreis in Abzug gebrachten Zahl von Personen, die weiterhin von den bestehenden Apotheken versorgt würde, hat die belangte Behörde Verfahrensvorschriften verletzt, bei deren Vermeidung sie (in Anbetracht des nachstehenden Punktes 2.4.) zu einem anderen Bescheid hätte kommen können.

2.4. Der 4 km-Umkreis gemessen von der Betriebsstätte der beantragten öffentlichen Apotheke des Beschwerdeführers ragt in das Stadtgebiet von X hinein, wo sich am HH-Platz 9 die Apotheke des Erstmitbeteiligten und in der JJ-Straße 50 die Apotheke des Zweitmitbeteiligten befinden.

Während im Bericht des Landeshauptmannes innerhalb der Wohnbevölkerung der Zählsprengel 623 und 624 der Stadt X eine Zuordnung zu den Apotheken der Verfahrensparteien vorgenommen und eine Gesamtzahl der aus diesen Zählsprengeln zur neuen öffentlichen Apotheke des Beschwerdeführers tendierenden Personen von 649 mit Hauptwohnsitz und 59 mit Nebenwohnsitz ermittelt wird, kommt die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid offenkundig durch nochmalige Halbierung der Zahl von 649 zu einer Zahl von "ig. 325 Personen inklusive Zweitwohnbesitzer je zur Hälfte". Inwiefern darin die Hälfte der "Zweitwohnbesitzer" (Hälfte von 59) ihren Niederschlag gefunden hätte, ist nicht nachvollziehbar. Dies gilt auch für die Halbierung der vom Landeshauptmann als potentielle Kunden der neuen öffentlichen Apotheke ermittelten Personenzahl. Der angefochtene Bescheid ist somit in diesem Punkt mit einem Begründungsmangel behaftet, der den Verwaltungsgerichtshof an der Wahrnehmung seiner Aufgabe, die Gesetzmäßigkeit des angefochtenen Bescheides zu überprüfen, hindert.

Bemerkt sei dazu noch, daß dann, wenn die belangte Behörde ihre dieser Vorgangsweise möglicherweise zugrundeliegende Rechtsauffassung - sie habe an der Grenze der beiden Einzugsgebiete ein Wohngebiet ins Auge zu fassen, dessen Bevölkerung je zur Hälfte den beiden jeweils in Betracht kommenden Apotheken zugeordnet werden müsse - , zum Ausdruck gebracht hätte, eine Rechtswidrigkeit des Inhaltes gegeben wäre. Wie der Verwaltungsgerichtshof nämlich in ständiger Rechtsprechung judiziert, ist nach der räumlichen Nähe unter Berücksichtigung der Verkehrsverhältnisse eine konkrete Zuordnung der wohnhaften Bevölkerung (nach Straßenzügen und Häusern) vorzunehmen. Dazu kommt hier, daß dem Bericht des Landeshauptmannes sehr wohl bereits eine

solche Zuordnung zugrunde zu liegen scheint. Die belangte Behörde wird sich im fortgesetzten Verfahren allerdings auch mit dem Zutreffen der Zuordnungsgesichtspunkte des Berichtes des Landeshauptmannes auseinanderzusetzen haben.

2.5. Schon aus diesen Gründen war der angefochtene Bescheid wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben, da nicht ausgeschlossen werden kann, daß die belangte Behörde bei Vermeidung dieser Verfahrensmängel zu einem anderen Bescheid gekommen wäre.

Der angefochtene Bescheid war infolgedessen gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. b und c VwGG aufzuheben.

2.6. Im fortgesetzten Verfahren wird auch zu beachten sein, daß zusätzlich zu den ständigen Einwohnern der 4 km-Zone nach § 10 Abs. 2 erster Satz ApG noch andere potentielle, außerhalb des 4 km-Umkreises ständig wohnende Apothekenkunden berücksichtigt werden müssen (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 22. Mai 1990, Zl. 88/08/0287 = ZfVB 1990/5/2058, und vom 17. Mai 1993, Zl. 90/10/0123). Auch auf die Zahl und die Art der Aus- und Einpendler in den 4 km-Bereich der beantragten Betriebsstätte, vor allem in der Gemeinde E, wird Bedacht zu nehmen sein.

2.7. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 und 48 Abs. 1 Z. 1 und 2 VwGG in Verbindung mit Art. I Z. 1 und Art. III Abs. 2 der Verordnung des Bundeskanzlers BGBl. Nr. 104/1991.

2.8. Soweit Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes zitiert wurden, die in der Amtlichen Sammlung der Erkenntnisse und Beschlüsse dieses Gerichtshofes nicht veröffentlicht sind, wird auf Art. 14 Abs. 4 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichtshofes, BGBl. Nr. 45/1965, hingewiesen.

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:1993:1990100072.X00

#### **Im RIS seit**

25.04.2001

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)